第 61 卷 第 3 期　北京大学学报(哲学社会科学版)　Vol. 61, No. 3
2024 年 5 月　Journal of Peking University(Philosophy and Social Sciences)　May 2024

法律渊源:这个概念如何有意义?

陈 景 辉
(中国人民大学 法学院, 北京 100872)

摘　要: 法律渊源传统上指的是法律的表现形式,但它由于无法为法律渊源提供表现形式之外的新因素,最终陷入概念冗余、内容空洞和缺乏实践意义的窘境。因此,目前的主流看法是,法律渊源指的是裁判根据的总和,而非法律的表现形式。但这个看起来当然成立的主张,很难避免将裁判根据限于表现形式的说法,而且更重要的是,它还必须承诺“判决是法律”的错误主张。所以,对法律渊源的最佳理解是,它是法律的应然表现形式,而不是实际的表现形式,并且这还会得出法律的存在与内容唯一取决于事实的渊源命题。

关键词: 法律渊源;法律的表现形式;裁判根据;应然表现形式;来源命题
中图分类号:D 90　**文献标识码:**A　**文章编号:**1000-5919(2024)03-0154-12

大概在 2000 年前后,法学的基本状况发生了一次关键性的转变,最终奠定了今天称之为法教义学的主流地位。受此影响,法理学和部门法学开始重新思考本学科的基本属性,这同时也带来了对核心概念的重新理解。法律渊源所受到的具体影响是:它的含义由法律的表现形式转变为裁判根据的总和。自此之后,这个看法就被法理学和部门法学共同接受下来,①用来指代裁判根据之总和的法律渊源,于是成了一个极少有争议的概念。② 但这个情况最近有所变化,这主要是由宪法学者的提问所引发。直接的原因是,由于合宪性审查开始实践化,而这必须以探明审查根据为前提,那么可以把哪些素材当作、看作乃至称作“宪法”,就成为宪法渊源的基本问题。③ 更深层的原因是,由于宪法不能司法化,它就当然不能成为裁判的依据,那么宪法还是不是法律渊源,就成为宪法学者必须回答的理论难题。

于是,至少在宪法学上,就很有必要重新回顾宪法渊源的概念,而这也连带着引发了对法律渊源再做一般性思考的必要性,法理学上的反省同时箭在弦上。④ 本文也将以一般方式反省法律渊源作为核心任务。尤其是,通过批评作为裁判根据总和的主流意见,“部分地”恢复法律渊源这个概念的传统意义,即作为法律“应然”表现形式的法律渊源。此外,也尝试将相关讨论中经常被忽视的关联概念——关于法律性质的来(渊)源命题(sources thesis),一同纳入讨论的视野。这样一来,法律渊源就不再是个统一性的概念,尤其不是一个统一于法律适用的概念,只存在着作为应然表现形式的法律渊源和关于法律性质的来源命题,尽管二者有所关联。当然,为尊重传统,裁判根据的说法仍可保留,但别太把它当真,它只是个不值得认真对待的工作概念而已。

一、法律渊源:为何会从表现形式上走开?

尽管也曾存在着关于法律渊源的多种理解,但能够引起普遍关注的主要是以下两种:作为法律的表

收稿日期:2023-07-15
作者简介:陈景辉,中国人民大学法学院教授。

① 舒国滢主编:《法理学》,北京:中国人民大学出版社 2005 年版,第 166 页;朱庆育:《民法总论》(第二版),北京:北京大学出版社 2016 年版,第 35—36 页。

② 当然,对传统看法的重申仍时有发生,例如刘作翔:《“法源”的误用——关于法律渊源的理性思考》,《法律科学》2019 年第 3 期,第 3—12 页。

③ 张翔:《宪法渊源作为方法》,《中国法律评论》2022 年第 3 期,第 120 页。

④ 雷磊:《“法的渊源”意味着什么?》,北京:中国政法大学出版社 2021 年版。

现形式与作为裁判根据的总和。不过,这两种理解之间并非并列关系,而是处于相互否定的状态;更准确的说法是,裁判根据之总和是对法律表现形式的全面否定,所以它们之间存在着时间上的先后。那么,为什么会发生这个转变?为何作为裁判根据的法律渊源会成为目前的主流学说?这当然是因为,作为法律表现形式的法律渊源,遇到了无法克服的理论难题。

暂且不论法律表现形式的说法遭遇怎样的困难,首先需要考察的问题是这样的:法律渊源这个概念要想成立,必须具备哪些逻辑上的条件?在我看来,以下三个条件必不可少:第一,法律渊源一定不是法律,否则它就可以直接被叫做法律,而无须再使用法律渊源这个另外的名称;第二,尽管不是法律,但法律渊源一定与法律有关,否则就无以称之为"法律(的)"渊源;第三,法律渊源与法律的关系,一定是"渊源"这个语词的可能意义所蕴含的。① 由于这些条件既中立于关于法律渊源的具体理解,又是所有具体理解必然蕴含的,所以它就成为法律渊源的概念真理(conceptual truth),是任何关于法律渊源的说法要想成立都首先必须满足的条件。

现在,可拿这三个概念真理来考察作为法律表现形式的法律渊源,后者明显满足前者的要求:首先,法律渊源与法律明显不是一回事,因为法律渊源是法律的"表现形式",而法律相应地就成为法律渊源的"实质内容",内容与形式当然不能等同,否则同为碳原子的煤球与钻石就会有同样的功能或价值:钻石能烧来取暖吗?一筐煤球和一颗钻石等价吗?其次,尽管法律的表现形式不等于法律,但是二者之间必然存在关联,因为法律这种抽象的存在物,②是通过法律渊源而能够被人们认识并适用的。最后,此处"渊源"的意思就是实质内容与表现形式之间的关系,人们是通过法律的表现形式来认识并适用法律的,因此法律的表现形式就是法律的渊源。

这样一来,就可以理解如下说法:《宪法典》是宪法的渊源。这个说法貌似荒诞不经,因为这等于说《宪法典》不是法律(宪法),但它实际上所要表达的意思却是:《宪法典》只是宪法的表现形式而已,而它所载的内容——法律(宪法)规范——才是真正的宪法。同理,也就可以理解为何《民法典》只是民法的渊源、而不是民法一样。于是,这种理解之下的法律渊源,将会集中关注一个核心问题:法律可能有哪些表现形式?紧接着,一个关于"法律类型"(the types of law)的说法就会随之出现,通常会有三种类型:作为成文法的制定法、判例法和习惯法。③ 当然,某些理论家可能还会认为以上三种类型的法律,并未穷尽法律渊源的全部内容,法律还会以学说和法理或公平正义等道德观念的形式存在,因此这些表现形式同样也是法律渊源,虽然它们并非法律的类型。④

一旦清楚了上述内容,接下来的工作就变得既简单又清楚,那就是以列举的方式,逐一细化制定法、判例法、习惯法以及学说和法理的具体形态,这种一般性的做法就导致了法理学上的法律渊源理论。除了这种一般性的细化工作之外,还存在另外一种更加具体的细化,那就是以本国实在法为对象的,尤其是以特定部门法为对象的列举工作,例如宪法渊源、民法渊源、刑法渊源等。当然,这种事关特定部门法的列举工作,未必一定要以法理学上的看法为前提,部门法学者可以借助比较法上所提供的多国部门法资料,并从中抽象出本部门法的法律渊源,然后再指明它们在本国实在法上的具体表现。例如在宪法渊源中先列举出"宪法性法律",然后再说明选举法、各种组织法就是这种宪法性的法律。⑤ 就此而言,法

---

① 正是因为"渊源"这个语词的可能意义是多样的,因此就导致了各式各样的法律渊源理论,例如历史渊源、本质渊源、效力渊源、思想渊源甚至政治渊源等五花八门的不同理解。

② 由于法律渊源只是法律的表现形式,因此即使一部法律在表现形式上已经湮灭,例如将所有的《中华人民共和国民法典》都销毁,但这部民法典仍然是存在的。所以,法律被认为是一种抽象存在物,当然也可以通过将法律视为规范性事物的方式来说明这一点。

③ John Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, 2012, pp. 54-88.

④ 这个主张会与后面所谈到的"渊源命题"之间存在密切关联。

⑤ 例如,许崇德主编:《宪法》(第四版),北京:中国人民大学出版社 2009 年版,第 35 页。

理学上的法律渊源理论其实是冗余的,①它既无法像部门法理论一样有明确、具体的指向,例如选举法是宪法渊源;而且部门法学者也无须借助法理学者的眼睛,才能认识到这些内容。但不管怎样,一旦完成以上理论构建和细化列举的工作,一个作为法律表现形式之法律渊源的完整理论就大致成型。

那么,这个看起来相当自洽的理论存在什么问题?为何它会被作为裁判根据的法律渊源所取代?笼统的原因刚才已提到,那就是作为法律表现形式的说法存在难以克服的难题,但具体的难题到底是什么?大概有三个方面:概念冗余、理论空洞、目标缺乏。这三项批评,不只是针对法理学上的法律渊源,而且也包括具体部门法学的法律渊源。具体到概念冗余的批评,既然法律渊源指的就是法律的表现形式,为什么不直接用法律的表现形式取代法律渊源?如果只是因为字数多少的原因,那么为什么不像某些学者主张的那样,直接用"法律形式"这个简称予以替代呢?② 如果在法律的表现形式之外,法律渊源的概念未能提供任何有用的信息或要素,那么将它叫做法律的表现形式、还是叫做法律渊源或者别的可能被创造出来的新说法,这样的做法之间并不存在任何实质差别。何况,即使将它叫做法律渊源,还是得必须借助"表现形式"的表述再来予以说明;但直接提及法律的表现形式时,却毋需再次提及法律渊源的表述。以上所有这些情形都表明,这种法律渊源的说法的确存在概念冗余的问题。

同时,作为法律表现形式的法律渊源在理论上明显空洞,它变成了一个缺乏实质内涵的纯粹描述性概念。③ 也就是说,法律渊源到底是什么、尤其是特定部门法的法律渊源到底是什么,并不取决于法律渊源之表现形式这个内涵,而取决于经验性的事实。此时,研究者只要回头关注法律实践即可,他只须逐一列举事实上哪些东西是法律渊源或法律的表现形式。这样一来,学者之间关于法律渊源的争议就是一个纯粹的事实问题,只须诉诸经验性材料就可以判断出特定主张的对与错。例如,既然《民法典》第十条将"习惯"纳入其中,那么习惯就成为民法的当然渊源之一。至于此处的习惯是不是习惯法,或者习惯法这个概念是否成立,就不是法律渊源学说所能解答的,当然也不是这个概念的任务。④ 这同时也表明,其实在作为法律表现形式之法律渊源上,并不存在着各有道理的真正理论分歧,而只存在着认识上的对与错,这个概念由此就变得琐碎、而无实质意义,因为它未能在事实之外提供新的信息。

这个说法另一个致命的困难是:为何需要作为法律表现形式的法律渊源?或者,更具体的说法是,为何需要回过头来关注法律的表现形式?关注法律的表现形式的举动,不可能是无目的的,也不可能仅仅出于教学的目的,否则只需要学生自己拿着法律素材来观察,就可以总结出法律渊源的一般模样和具体表现。⑤ 理论家和实践者关注法律的表现形式,通常都是因为实践的需要,即"找法"的需要。由于法律是一种抽象存在物,并且基于实践的考虑,必须得知道此时所说的"法律"到底表现为什么,于是才有了寻找法律渊源的必要性。正因为如此,作为法律表现形式之法律渊源的必要性,必然蕴含着"找法"工作的必要性。如果不能将找法的必要性纳入其中,明确法律渊源就是无头苍蝇一样的盲目举动,因此找法的目的性必须进入法律渊源理论中,但作为法律表现形式的法律渊源却对此未发一言。

二、作为裁判根据的法律渊源:何处才是尽头?

既然法律渊源的必备目的是"找法",就需要接着思考找法工作的性质,这样一来,一个关于裁判根据的法律渊源学说就呼之欲出。这是因为,之所以要找法,通常是为了完成某种实践性任务,这当然需

---

① 陈景辉:《法理论为什么是重要的——法学的知识框架及法理学在其中的位置》,《法学》2014 年第 3 期,第 53—55 页。

② 张文显主编:《法理学》,北京:高等教育出版社、北京大学出版社 1999 年版,第 58 页。

③ 雷磊:《"法的渊源"意味着什么?》,第 35 页。

④ 陈景辉:《"习惯法"是法律吗?》,《法学》2018 年第 1 期,第 3—18 页。

⑤ 这就是关于法律渊源的认识论主张:之所以寻找法律渊源就是为了认识法律。但为何不从具体的法律开始,而是必须借助法律渊源的概念呢?

要先找到具体的法律,然后再让它发挥该有的实践功能。那么在何种情形下需要发挥法律的实践功能呢? 显然,在法律实践中,司法裁判是法律发挥功能的主要方式,因为司法机关不但是表征法体系之存在的规范适用机关,①而且它拥有做出决定的最终判断权。尤其是规范适用这个属性极为重要,这表明司法机关不只是做出最终的判断,而且那个判断必须同时是规范的适用,而不能只是判断者自己的个人评价。这样一来,裁判者就必须在做出决定的同时,证明自己的行动是个规范适用的行动,于是他们就必须寻找法律上的根据来满足这个要求,以上就是"找法"这个法律实践之核心工作的意义。

一旦将找法工作与司法裁判或法律适用的任务联系起来,法律渊源的含义自然就从法律的表现形式走向了裁判根据,于是每一个裁判根据、最终是裁判根据的总和,就成了法律渊源的最新含义。② 而作为裁判依据之法律渊源的最大优势,就是将"找法"这个实践目标带入进来,从而使得法律渊源具有鲜明的目的指向。于是,一旦理论家或实践者提及法律渊源时,就等于说他们在关心什么是裁判根据的问题。这表明,"找法"之寻找裁判根据的具体目标,其实内嵌在法律渊源的概念之中,从而成为其必不可少的一部分。然而,作为法律表现形式的法律渊源,本身却未提供任何这样的目标,从而使得对法律渊源的关注成为一个缺乏目的性的随意举动。

然而,此处存在一个明显的问题:为何不直接将"找法=寻找裁判根据"的要素带入表现形式的既有理解,然后获得一个修正版的传统法律渊源理论呢? 即,将法律渊源定义为"找法(=寻找裁判根据)+法律表现形式"? 用更明确的方式来说:如果裁判根据与表现形式在内容上是一致的,为何不保留作为法律表现形式的法律渊源,非得创造出作为裁判根据的法律渊源? 如果最终就是这样,这两种法律渊源只不过是说法上的差异而已。所以,唯一合适的理由是:两者在内容上并不一致。其一,某些裁判根据并非法律的表现形式,其二,某些法律的表现形式并非裁判根据。这等于说,相对于作为裁判根据的法律渊源,作为法律表现形式的法律渊源既包含过少、又包含过度。之所以包含过少,是因为它遗漏了法律表现形式之外的那些裁判根据;之所以包含过度,是因为它将那些并非裁判根据的法律表现形式包裹进来。正因为二者并不对称,再加上裁判根据的说法天然蕴含着"找法=寻找裁判根据"的内容,于是它就比表现形式的说法既准确、又全面。同时,正因为有了"裁判根据≠法律表现形式"与"找法=寻找裁判根据"两个新要素的加入,法律渊源的概念冗余缺陷获得了弥补:当提到法律渊源时,这两个要素以及刚才谈到的这些内容,自然就会一同出现,它们无法被化约为单一的要素,从而使法律渊源能被该单一要素直接取代,就像"法律渊源=法律表现形式"一样。

那么,这个法律渊源是否也是空洞且无争议的描述性概念呢? 显然并非如此,因为争议就发生在对以上两个要素的理解上:第一,裁判根据是什么意思? 是裁判的理由还是原因? 还是虽然存在这个不同,但它们都属于裁判根据?③ 第二,裁判根据为什么不限于法律的表现形式? 为什么某些法律的表现形式不能成为裁判根据?④ 这类问题将接踵而至。显然,答案并不单纯依靠经验上的观察和描述就能得出,而是必然需要提供理论性的作业。当然,理论作业成功之后,将会随之转入经验观察和描述的阶段,去观察事实上哪些因素是裁判的根据。但后一阶段的任务并不是自足的,⑤而是必须建立在前面那个理论作业已获成功的基础上,否则观察和描述也将是缺乏充足目的性的无头苍蝇。

无论在上述问题上的答案为何,有一点是注定的:那就是裁判根据不限于法律表现形式的支持者于

---

① Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, 1999, p. 132.

② Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable: A Treatise on Legal Justification*, D. Reidel Publishing, p. 78.

③ 例如雷磊:《"法的渊源"意味着什么?》,第 57—59 页。

④ John Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Columbia Universality Press, 1921, pp. 84-112;马驰:《作为法院创造物的法律——格雷法律渊源理论探究》,《法制与社会发展》2011 年第 6 期,第 84—86 页。

⑤ 相比较而言,对于法律表现形式的观察与描述却是自足的,它不需要以任何特定理论工作为前提,换言之,它可以基于任何理论目的而发生,甚至都不需要任何目的、而只是为了打发无聊。

是就沿着这条道路一路狂奔,你所能想到的、任何能够充当判断根据的事物,就都成了裁判根据,也就成了法律渊源。例如,(部分的)法律表现形式,法官(院)的判例、(中国的)指导性案例、习惯、乡规民约、家族传统、各式各样的学说、(公共)政策、官方文件、政治组织的内部规范、道德规范、集体情感。这些可称之为社会规范的内容,当然有资格成为判断的根据,因此必然是法律渊源。此外,由于法则性的事物也能成为判断根据,于是它们就潜藏在法律渊源之列,例如自然规律、数学法则、逻辑法则、语法规则,等等。这是因为,任何司法裁判都不能违反它们的要求,否则就是理性上不可理解的。更有甚者,除了这些带有公共性色彩的事物外,个人的品位、偏好、审美同样也会在裁判中起作用,它们似乎也有资格被列入法律渊源的门墙。① 于是,“法官吃的早餐将会影响他的判决”之类说法不胫而走。这些简单的描述足以表明,作为裁判根据的法律渊源已处黄河泛滥一发不可收拾的境地:什么才不是法律渊源呢?

既然这是裁判根据之说法所无法摆脱的尴尬情境,那么该怎么办?唯一的选择是,在法律渊源内部再做进一步的分类,无论是正式渊源与非正式渊源,还是直接渊源与间接渊源,或者别的被设计出来的新分类,②以便进一步区分作为社会规范的部分与后两类可能引发尴尬的部分。其主要目标是,让舞台的灯光集中在前一种分类,无论它被叫做正式渊源、直接渊源还是别的什么渊源;在夺目灯光的掩映下,后一种分类的内容就从观众的视野中彻底消失。然而,这些内容只是从观众的眼睛中消失,但却未从法律渊源的舞台上真正消失,它们始终还在那里。说的学术化一点,这些被称为非正式渊源、间接渊源或别的什么渊源的内容,始终还是法律渊源的组成部分,掩耳虽可盗铃,但无法不被发现。

因此,更加彻底的做法是直接将这些部分排除出去,只留下被称为社会规范的部分,然后再将上述进一步的分类适用其中,③这样的做法似乎足以避免尴尬。但无论这样做的理由或根据是什么,都会导致严重的问题:“裁判根据≠法律表现形式”将很难维持,法律表现形式的说法也基本能与这些内容匹配。④ 换言之,正是因为后面这些内容的存在,支持者才能主张说裁判根据不限于法律表现形式,这一类的内容越多,支持者就越有理由如此来主张。反之,如果支持者自己否认了这些内容,那么这要么是在说裁判根据就等于法律表现形式,要么是在说裁判根据只是法律表现形式之内的子概念,因为你还得同时主张说“某些法律表现形式不是法律渊源”。无论最终采纳了哪个说法,它们仍然是法律表现形式的变种,而非真正独立的学说,当然也就无从谈起对表现形式的替代。

综上所述,由于新增“裁判根据≠法律表现形式”与“找法=寻找裁判根据”这两个概念要素,作为裁判根据的法律渊源学说看似能够避免作为表现形式的法律渊源的困难。然而,这个做法将会对所有能够或事实上影响司法裁判的要素敞开大门,这包括社会规范、法则性事物,甚至包括个人在价值或审美上的偏好。如果说将社会规范纳入法律渊源还大致可接受,但将法则性事物尤其是个人偏好纳入,这严重挑战了法学(律)常识。⑤ 但如果将这些内容排除在外,那么就很容易得出“裁判根据等于甚至小于法律表现形式”的结论,裁判根据的说法于是就缺乏独立存在的理由。

三、“裁判”根据怎么就成了“法律”渊源?

上述批评虽然有力,但还谈不上致命,因为它只是批评了“裁判根据≠法律表现形式”这个新增要素中的部分内容——“包含过少”,它还包括“包含过度”的内容。何况,作为裁判根据之法律渊源的学

---

① Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, Transaction Publishers, 2009, pp. 108-126.

② 无论这些具体的分类是什么,它们都是为了在其中进一步划分出主要和次要的法律渊源。

③ 也就是说,将法律表现形式称为正式渊源,将社会规范称为非正式渊源。

④ 这是因为,作为法律表现形式的法律渊源理论,同样也会接受正式渊源与非正式渊源、直接渊源与间接渊源等进一步的分类。

⑤ 马驰:《法律认识论视野中的法律渊源概念》,《环球法律评论》2016年第4期,第116页。

说,还有"找法=寻找裁判根据"这个独立的要素。如果后面这些部分能够维系下来,该学说就仍有坚强的存在理由。然而,多米诺骨牌只是刚刚倒下,连锁性的危机就在眼前。

先来考察包含过度对法律表现形式的批评,它的意思是说:部分法律表现形式并非裁判根据。这句话看起来平平无奇,但接下来推导出的结论其实是平地惊雷:这些无法充当裁判根据的法律表现形式,不再属于法律渊源。于是,至少在中国,由于宪法不能司法化——不能充当裁判根据,所以《中华人民共和国宪法》就不再是法律渊源了。但《宪法》并非唯一的受害者,部分法律条文也因为不能充当裁判根据,所以不再是法律渊源。例如,每部法律的第一条和最后一条显然并非为裁判设计的,法条中的定义性条款也是如此。以上这些结论注定无法接受,无论是不是作为裁判根据之法律渊源的支持者。于是,支持者将会被迫做出退让,撤回"部分法律表现形式不是裁判根据"的主张,转而同意"并非裁判根据的法律表现形式,仍然是法律渊源",但这个修正能成功吗?

支持者只能以如下理由来做修正:《宪法》、法律的第一条和最后一条、定义性条款虽然不是"直接"的裁判根据,但它们至少以某种方式(例如体系化、法律解释等)影响了直接作为裁判根据的内容,所以这些内容仍然是法律渊源。尤其是《宪法》,在"部门法是宪法具体化"学说的支持之下,①《宪法》之法律渊源的地位就不可动摇。但这个说法只是看似成理,因为如此一来,上一节中的正式渊源与非正式渊源、直接渊源与间接渊源等进一步的分类,立刻就会加入进来,于是《宪法》、定义性条文这些内容就被归入非正式渊源、间接渊源等次要法律渊源的行列。如果将定义性条文当做次要渊源没什么大不了,但主张《宪法》是次要渊源就兹事体大了。

而且,还会将原本未曾提到的辅助性条文和各种诉讼法带入战场。因为辅助性条文同样不能直接成为裁判根据,所以就只能是次要渊源;同理,虽然实体法必须结合诉讼法才能获得实践,但最终得出的判决却往往是实质性的决定,于是所有的诉讼法也都是次要渊源。或许民法等(实体)部门法的学者,并未察觉要在法律表现形式内部再做主要渊源与次要渊源之区分的破坏力;但宪法学者目前仍大力坚持"法律渊源是法律表现形式"的主张,意味着他们至少已经明确意识到这个说法对宪法地位的严重贬低,这是他们无论如何都无法接受的,这更是宪法之最高法地位所无法容许的。同理,诉讼法学者也坚决不会同意本法属于次要法律渊源的说法,这意味着诉讼法缺乏独立于实体法的价值或重要性。民法等实体部门法的学者,一旦认识到上述风险,他们也不会接受在本法中在做主要与次要渊源划分的必要性,因为它们各自所载的内容共同构成了一个完整法律规范的各个要素;一旦缺乏了定义性条文和辅助性条文的帮助,没有任何法律规范是完整的,这个说法当然也适用于第一条和最后一条。②

两相夹击之下,作为裁判根据之法律渊源的说法,就必须在两条战线上同时做出改变:一方面,它要从法则性事物与个人偏好上收缩回来;另一方面,它又要从裁判根据扩张到表现形式。这样一来,"裁判根据≠法律表现形式"的新增要素将轰然倒塌,裁判根据将不过是法律表现形式而已,尽管法律表现形式并不必然是裁判根据,但它们却是无可置疑的法律渊源。如果最后只能接受"裁判根据=法律表现形式"的说法,那么裁判根据还是不是对法律表现形式的成功替代,就会被打上大大的问号。此时,如果还想坚持作为裁判根据之法律渊源的说法,就只能诉诸"找法=寻找裁判根据"这唯一的新增要素了。但它是无懈可击的吗?情况同样并不乐观。

现在请回头考察法律渊源的三个概念真理:法律渊源不是法律、法律渊源一定与法律有关、它们之间的关系一定是"渊源"的语义所能蕴含的。非常明显,作为法律表现形式的法律渊源能够轻易满足这

① 相关争论参见,张翔:《宪法与部门法的三重关系》,《中国法律评论》2019 年第 1 期,第 26—33 页;陈景辉:《宪法的性质:法律总则还是法律环境?》,《中外法学》2021 年第 2 期,第 285—304 页。

② 另外一个更学理化、也是更抽象的理由是,法律是一种特殊"体裁"(genre),即其所有内容都是法律,而无法在其中再区分主次。John Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, 2012, pp. 180-181。

些要求:法律渊源是法律的表现形式,所以它不是法律;法律渊源蕴含着法律规范,所以它一定与法律有关;法律或法律规范来自法律表现形式,所以它才是法律的“渊源”。那么,作为裁判根据的法律渊源是如何满足这三项概念真理的要求呢? 由于支持者必须接受“法律渊源不是法律”的说法,并且其中的法律渊源指的是“裁判根据”,所以这等于说“裁判根据不是法律”,所以法律渊源才不是法律。但这立刻就会引出了一个重要的问题:到底什么才是法律呢?

作为法律表现形式的法律渊源,在此问题上并不存在任何的困难,因为“其所载的法律规范是法律”就是自然而然的答案。而裁判根据的说法,则在第一步就遭遇严重障碍。或许支持者会选择如下答案:裁判依据所蕴含的法律规范是法律。但这不过是另一种变形体的法律表现形式的说法而已,因为这等于在裁判依据与法律表现形式画上了等号,但为何还需要如此画蛇添足呢? 直接认为法律渊源就是法律表现形式不好吗? 所以,他们必须另外寻求出路,唯一剩下的选择就是认为“裁判是法律”。① 只有这样,以上三个概念真理才能同时满足:裁判根据不是裁判,所以法律渊源(裁判根据)不是法律(裁判);裁判根据是裁判的依据,所以法律渊源(裁判根据)与法律(裁判)有关;裁判以裁判根据为依据,所以裁判根据(法律渊源)就是裁判(法律)的渊源。到此,一切终于丝滑平顺,理所应当了。

但果真如此吗? 我想读者现在可以理解上节关于法律渊源泛滥的批评:因为裁判的具体依据有可能从法律表现形式扩张到社会规范,然后又拓展至法则性事物,最后蔓延至个人偏好。与此同时,某些法律表现形式由于不是裁判根据,反而就从法律渊源范围中被驱赶出去。但最麻烦的其实是“裁判是法律”这个最主要的理论承诺。一旦缺了这个首要的前提,法律渊源的三个概念真理是无论如何都无法满足的。这就不难理解,为何法律渊源的理论是由像格雷这样的法律现实主义者(legal realists)最早提出的,因为他(或他们)坚定支持“判决之前没有法律”(no law previous to decision)②之类的说法。

这等于说,不但法律的表现形式不等于裁判根据,就连法律表现形式中所蕴含的法律规范,也不再是法律了,因为具体的裁判的确有可能依据此外的其他因素做出。尽管这并不妨碍说,(法律表现形式中所蕴含的)法律规范在多数时候,的确会参与做出裁判的过程,甚至会成为最终判决的主要决定因素。在这个说法之下,法律规范仍然只是法律的渊源而不是法律,因为它们始终只是裁判的根据而已。我不知道有多少作为裁判根据之法律渊源的支持者,打算全盘接受这个主张;或许他们已经全盘接受了,只是不打算公开声张而已,因为如下这个想法实在荒谬透顶:“法律(规范)”不是法律。③ 然而,作为法律表现形式的支持者却不会面对尴尬,他们可在承认法律渊源不是法律的同时,全盘接受“裁判根据并不限于法律表现形式”的主张,因为法律以外的因素的确可能会影响具体的裁判,但它们与法律表现形式都不是法律,所以这个结论并没有什么大不了。

或许支持者打算做某种修正式的接受,让他们的想法不至于惊世骇俗。于是,他们准备同时接受“裁判确定性”之类的主张,由于这会使得个人偏好被从法律渊源中排除出去,接受“法律规范不是法律”的实践障碍似乎获得了缓解:这样一来,裁判根据将停留在社会规范上,而不至于过渡到个人偏好,于是这就否认司法裁判是个全凭个人任意之过程的说法。④ 尽管如此,它在理论上的难题始终都在:这其实是将“裁判是法律”的表述修改为“‘有确定性的’裁判是法律”。虽然这不像“裁判是法律”且“裁判根据可以是个人偏好”一样令人错愕,但裁判为什么需要确定性呢? 如果裁判不是法律的结果、反而本身就是法律,那么为什么需要确定性呢? 要想获得裁判的确定性,不诉诸法律看起来是不可能的。尽管法律无法为裁判提供百分之百的确定性,但由于裁判必然建立在法律的基础上,且法律是能够被人们

---

① 这等于在说,裁判根据只与“裁判”有关而与“法律”无关,除非“裁判就是法律”。

② John Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Columbia Universality Press, 1921, p. 98.

③ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 1994, p. 65.

④ Brian Leiter, *Naturalizing Jurisprudence*, Oxford University Press, 2007, p. 62.

认知的,所以人们才有能力大致预测出法院会做出怎样的判决;更重要的是,人们(法律人和普通人)才有能力做出如下判断:该判决是对(合法)的还是错(违法)的。“裁判是法律”的说法之所以无法接受,正是因为这会使得裁判因此成为无法指摘的对象,这严重挑战了法律常识和法律实践的基本样态。这表明,无论采取怎样的修正,最终结果仍然都只能是:判决并非法律而是法律的结果,于是裁判根据的说法就彻底错误,因为它将无法通过三个概念真理的检验。

四、从实然走向应然:“表现形式”的死火重温?

相关讨论是否已经走入死胡同?作为法律表现形式的法律渊源,虽然顺利通过了三个概念真理的检验,却在理论和实践的价值面前倒下;作为裁判根据的法律渊源,实践价值鲜明的同时,却付出了理论上无法承受的代价,尤其是为满足概念真理的检验,必须接受“裁判是法律”的荒谬结论。但两相比较而言,作为法律表现形式的说法似乎仍有生机,只要补足理论与实践上的意义,它仍然有存活下来的可能性。只不过经过这样一番补救,作为法律表现形式的法律渊源已经不再是最初的模样,它既可能成为只跟特定部门法有关之特殊法理学的一部分,也可能成为作为一般法理论之法理学的一部分。①

重新接续第一节的讨论。作为法律表现形式的法律渊源,既是个冗余的概念,因为可被法律表现形式直接代替;又是个空洞的描述性概念,其内容取决于各国和本国的法律实践而非自身的意涵;还是个缺乏实践性的概念,因为其自身并未提供任何“找法”之必要性的说明。显然,“空洞的描述性概念”是其中最关键的批评,这导致了对法律表现形式之法律渊源的彻底怀疑。补救的工作如果想要奏效,就必须针对这一点来展开。那么,如何才能使得这种法律渊源不只是个取决于实践的空洞概念呢?这就必须如同裁判根据的做法一样,在“法律表现形式”之外增加新的因素。这样一来,法律渊源就不能直接被化约为法律的表现形式,于是它就不再冗余;并且同时,它最好还能直接回应“找法的必要性”,这样才能彻底成就作为法律表现形式的说法。那么,这个(些)新的要素会是什么?

在此思路下,由于“法律的表现形式”这个核心要点仍获维持,只要对其“描述性概念”的性质做出修正,拯救的工作就有成功的机会。非常自然的选择是以“应然”这个规范性语词代替描述性概念之中的“实然”,将“法律事实上的表现形式”修改为“法律的应然表现形式”即可,这就是本节标题中“从实然走向应然”的意思。这样一来,关于法律渊源的讨论,不是在“描述”法律事实上表现为怎样的形式,而是去“评估、判断、争辩”法律应当表现为怎样的形式,于是它就不再是个从属于实践或事实的描述性概念,而是一个会要求实践或事实应当做出相应改变的规范性概念,这个概念也就不再无争议和空洞。② 由于在法律表现形式之外增加了“应然”这个新的规范性要素,所以法律渊源就无法被法律表现形式直接取代,因为后者会自动带来描述性概念的联想,从而制造法律渊源的概念冗余。

更重要的是,这个应然表现形式的改变,使得找法工作变得极富实践意义。一旦事先明确了法律应当表现为怎样的形式,那么它就决定了应当到怎样的表现形式中寻找法律;这反过来意味着,不能从其他的表现形式中去寻找法律,尽管这些内容的确可能与法律或法律实践有关,但它们并不蕴含法律的存在。于是,像法则性存在、个人偏好等事物就自然被排除在法律渊源的范围之外。与此同时,法律应当表现为怎样的形式或应当到哪里寻找法律,也就成了对法律之范围的限制,③一旦特定法律 L 只能表现为 F1 的形式,即使它事实上被表达为 F2 的形式,但也不能通过 F2 来发现 L,除非事先已将 F1 修改为 F2。这等于说,法律 L 只能在 F1 之表现形式中存在,于是就只能从 F1 中寻找 L,而从 F2 或其他表现形式中找到的内容,无论它们是什么都不可能是法律 L,这就是限制找法范围的意思。显然,一个能被叫

---

① Jeremy Waldron, *Can There be a Democratic Jurisprudence*?, Emory Law Journal, Vol. 58(3), 2009, pp. 678-679.

② Michael S. Moore, *Placing Blame*, Oxford University Press, 1997, pp. 4-18.

③ Adam Perry, *Law's Boundaries*, Legal Theory, Vol. 26(2), 2020, pp. 103-123.

做法律实践的行动必然是以找法作为最初的起点,由于应然表现形式限制了找法的范围,于是它就成为所有法律实践的最初拘束,摆脱其拘束的行动无论如何也无法被叫做法律实践。简单说,明确法律的应然表现形式是法律实践必备的基础性前提;离开了它,那个实践也就不再是法律实践。

或许会有疑问:那些社会规范呢?应然表现形式不是只将法则性存在、个人偏好排除在外吗?或许还有人问:难道法律就不能表现为任何可能的形式吗?这两个问题其实是同一个问题:法律应当表现为特定的形式吗?不表现为该种形式的内容就不是法律吗?对这个问题的回答,取决于"法律"到底是什么意思。"法律"(law)至少有两种不同的理解,一个是指"个别法"(laws),它既可以指特定国家的法律,如中国法、美国法、日本法等;也可以指具体的部门法,例如刑法、民法、宪法、行政法等。另一个是指"一般法"(the Law),即作为抽象存在物的法律,或者用复杂的方式表述,它指的是"法律的性质"。① 如果指的是前者,由于特定国家的法律必然被划分为具体的部门法,所以这就是个纯粹的部门法问题,也就是本节开头所说的特殊法理学问题;如果是后者,那就是下一节将处理的一般法理学问题。

具体来讲,如果法律指的是具体部门法,这就相当于在问:部门法应当表现为特定的形式吗?或者,部门法就只能表现为某种形式吗?显然,这样的问题并不存在统一的答案,而是取决于特定部门法的性质。这表明,法理学教科书上关于法律渊源的一般性描述和总结,其实是无关痛痒的,②而只存在着关于特定部门法的法律渊源理论。因为首先需要明确特定部门法之基本性质,然后再得出它应当表现为怎样之形式的结论。同时,由于不同部门法存在性质上的明显差异,③因此,在这个问题的回答上也会存在松紧程度不同的答案,这需要稍微详细一点来考察典型的部门法。

就以刚才列举的四个部门法为限。就民法而言,由于一方面,存在"不得以法律未规定为理由而拒绝裁判"的民法原则,民法天然就具有能够从制定法或成文法之外寻找法律规范的能力;另一方面,民事成文法中也会通常包含容许习惯或政策等社会规范成为裁判根据的规定,例如《民法典》第十条的规定。所以民法一般来说都是最宽松的。对行政法来说,始终存在一个关键的要点:行政机关下达或下发的各类命令,无论是具体的还是抽象的,它们是否应当属于行政法的表现形式?或者,更明确的说法是:到底什么才是"行政法"?这经常表现在抽象行政行为是否可诉的争论上。

对刑法而言,应然表现形式之限制意义就更为鲜明。即使存在关于刑法渊源的不同说法,但最宽松的主张通常也只能停留在"刑法只能表现为成文法"的程度,这意味着刑法规范只能从形式成文法中获得,④而其他表现形式中不可能找到刑法规范,否则就无法满足罪刑法定原则的要求。最严格的拘束是针对宪法的。由于宪法是最高法,这本来就蕴含着"除了被叫做《宪法》的成文法外,不存在宪法规范"的含义,所以宪法不但必须成文化而且必须被理解为法典,其成文化表达形式本身就指的是自足的《宪法典》。因此,不满意既有宪法渊源的任何主张,不过是在试图证明如下这一点:可在《宪法》外寻找宪法规范,且这样做存在充分且正当的理由。但其实根本不存在这样的理由,除非能够否认宪法之最高法地位,但随之消失的不是宪法所拥有的这个地位,而是宪法这种独特且至关重要的法律。⑤

这表明,法律渊源其实并不彻底,而只是个中间性概念:它处在事实上的法律表现形式与部门法性质之间。具体来讲,通过对特定部门法性质的探求,然后获得关于该部门法之应然表现形式的主张,并

---

① 陈景辉:《法理学的性质:关于法律一般属性的讨论如何可靠》,《吉林大学社会科学学报》2019 年第 4 期,第 63 页。

② 或者这样说,法理学上总结和描述,的确无法摆脱冗余、空洞和无实践意义的批评。

③ 陈景辉:《数字法学与部门法划分:一个旧题新问?》,《法制与社会发展》2023 年第 3 期,第 88—98 页。

④ 甚至为避免过度犯罪化,刑法学者主张要在成文法中再做进一步的限定。R. A. Duff & et al. eds., *The Boundaries of Criminal Law*, Oxford University Press, 2010, p. 3。

⑤ 陈景辉:《关于宪法学与宪法——对一些批评意见的回应》,《苏州大学学报(法学版)》2022 年第 4 期,第 58—60 页。

由此来评价事实上的表现形式中是否真的蕴含相关法律规范。以上这些内容可以抽象出一个关于法律渊源的部门法命题:对任何一个部门法而言,该部门法中的所有法律都应当表现为某种特定的形式,相关部门法规范只能从这些表现形式中找到;至于到底应当表现为哪种或哪些形式,这取决于该部门法的属性,并因而有了松紧程度不同的应然性主张。

尽管上述命题是关于部门法的,但这并不表示它是个别性命题,所以各个国家之特定部门法的应然表现形式明显不同。由于不同国家之同一部门法存在相同的性质,例如民法是私法、宪法是公法,所以这会对应然表现形式给出大致相同的回答。但这仍然会允许在表现形式上出现一定的差异,且差异程度取决于特定部门法的性质:如果该部门法的性质(例如民法)允许宽松的回答,不同国家就会有较为明显的差异;如果要求更严格的回答——例如宪法,那么法典化就是其不容许任何差池的应然表现形式。就此而言,尽管该命题是针对部门法的,但它仍然呈现为相当一般性的色彩,所以才能被称为特殊法理学的一部分,因为法理学是法律的一般理论。当然,特殊法理学的色彩并未剥夺部门法学者发言的权利,因为思考本部门法的基本属性仍是他们的核心任务之一,也是理解本部门法具体规范的基本前提。

五、从应然表现形式到来(渊)源命题

有两个关于“应然”表现形式的要点,值得进一步说明:第一,作为应然表现形式的法律渊源,不能因为其应然属性而被认为无关事实。法律渊源仍然是个事实,是那些满足“应然”标准的事实。抽象一点讲,尽管人们通常认为,法律 L 可被表达为 F1、F2、F3...... 多种形式(事实),但由于法律 L 本身的属性决定它只能被以 F1 的形式表现出来,因此 F2、F3...... 表现形式(事实)就不再蕴含法律 L。于是,应然表现形式就为以下行动提供指引:到什么样的事实中寻找法律 L? 或法律 L 到底存在于何种事实之中? 答案非常明确,那就是 F1 这个事实。由于其中的“法律 L”指的就是特定部门法,于是法律渊源的部门法命题可再次抽象为如下形式:个别法的性质决定它应以何种事实被表达,一旦要寻找该个别法,就只能从此种事实中获得,即个别法存在于(特定)事实之中。

更重要的是第二点,应然表现形式也不意味着法律渊源是个关于“应然法”的概念,法律的“应然”表现形式不等于“应然法”的表现形式。应然法与实然(在)法是经常一起出现的概念。所谓实在法,指的是本国目前正在生效的法律,也就是正在参与法律实践的真正法律。所谓应然法,主要是个道德意义上的向往性概念,①它用来指代“应当有什么样的法律”或“法律应当做出怎样规定”的期待。尽管应然法的确有可能在未来某个时刻,以某种方式最终成为实在法,但在此之前,它并非参与法律实践的真正法律。因此,尽管法律渊源当中的确带有“应然”二字,但它仍然指实在法的(应然)表现形式。

第二点才是其中的关键:缺乏它的参与,作为应然表现形式的法律渊源,无法避免被还原为部门法命题;有了它的参与,法律渊源就会变成一个只关于法律性质的命题,即来源命题。来源命题意味着:法律的存在和内容,只须单独参照社会事实即可,而无须诉诸任何的评价性论证。② 以上就是选择“来源命题”、而非“渊源命题”之表述的核心原因,因为它并不能被作为部门法命题的法律渊源所替代,一方面部门法命题并不当然承诺“法律就是实在法”的主张,另一方面来源命题对各个部门法之间的差异持中立姿态。所以,来源命题才是个关于法律性质的命题,从而成为一般法理学的内容。现在可集中处理来源命题的一处关键难题:它能否允许评价在一定程度上存在?

之所以法律内容与存在的识别只能诉诸来源,是因为一旦允许诉诸评价性论证,立刻就会将应然法带入实在法当中,以致发生应然法与实在法的混淆。以上这个看法当然没错,但它还是允许如下可能:一旦将识别和评价的工作做“先识别、后评价”的处理,将会使评价性论证以某种方式进入来源命题中。

---

① Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2006, p. 5.

② Josep Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, 1994, pp. 210-211.

具体来讲,就是先通过来源识别出实在法,然后再使用评价性论证对实在法做进一步的区分,即哪些实在法因为道德上的正确性而成为真正的法律,哪些实在法会因为道德上的明显缺陷而不是再属于真正的法律。应当怎样看待这种做法? 这种做法表面上并未引发应然法与实在法的混淆,因为它并不支持法律的识别基于评价性论证做出,而只是针对已被识别的实在法在做评价,将满足评价性论证的实在法认定为真正的实在法(法律)。

但这个看似无问题的做法将会引发以下困难:那些不满足评价性论证的实在法还是真正的法律吗? 如果还是,则评价性工作将彻底无意义;反之则会明显违反常识,这使得那些公认的法律不再是法律,这就连自然法理论者也无法接受。① 这同时还会波及剩下的那部分实在法:它们的识别到底是基于来源、还是基于评价性? 它们到底是应然法还是实在法? 一个自然的答案是:它们既是基于来源的、又是基于评价的,所以它们既是实在法、又是应然法。这种"既是、又是"的模糊表述,只是说法上的不同而已,明显缺乏实质意义。现在将上述因评价被分割开来的两部分重新合并起来,就再次证明来源命题的正确性:法律的存在与内容只能诉诸来源而非评价,因此法律(实在法)就是法律,而关它在价值上的优缺点。② 因为以上两个部分都在表达同一件事:对法律的识别来说,评价性论证并没有意义。

除了为区分法律性质命题和部门法命题之外,使用来源命题、而非渊源命题的另一个理由是:来源命题所指代的事实,在范围上明显多于法律应然表现形式的事实。以立法为例:一个法律是否存在以及它拥有怎样的内容,不但取决于它的应然表现形式,而且取决于其背后立法实践本身,即作为立法者之团体的行动、态度以及事实上做出怎样的陈述等,所以来源并不仅限于其最终的表现形式。③ 此外,来源命题还只是个关于法律性质的有限命题,它并不涉及法律实践的所有方面。④ 因此,被来源命题排除在说明法律性质之外的评价性论证,仍可能在法律实践中发挥其他方面的作用,但这些作用与法律性质无关,当然也就无关来源命题。那么来源命题满足最初三个概念真理的要求吗? 当然。其一,决定法律的存在与内容的来源,一定不是法律本身;第二,由于来源决定法律的存在和内容,所以来源一定是关于法律的;第三,由于是一些特定的事实最终决定了法律的存在与内容,所以它们才被叫做法律的来源,这也是"来源"一词的语义内容。

到此为止,关于法律渊源和来源命题的论证,基本可告一段落。但仍有一个相关难题值得简述其要点。从思想史的角度看,奥斯丁所开创的现代法哲学是个逐渐清晰来源命题的过程,以致"法律的存在与内容取决于事实(来源)"成为法哲学的基本主张,但在"它是否充分"的问题上,仍存在截然对立的不同姿态:支持者就是实证主义者,反对者就是反实证主义者。⑤ 最近,格林伯格提供了一个强有力的反实证主义辩护思路:即使承认法律和存在与内容"唯一地"取决于事实,但其中的"取决于"到底是什么意思? 这是否蕴含着"道德(事实)"的存在? 或者,"取决于"的意思是否只是认识论或识别意义上的,即不借助道德即可识别法律的存在与内容?⑥ 或许,拉兹一直主张的"真题条件"式的理解——来源命题意味着相关事实是法律命题的真值条件,⑦才是对"取决于"所要表达的最准确意义,也是法实证主

---

① John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, 1980, p. 364.

② John Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, 2012, p. 20.

③ 所以,拉兹才会说,来源一词也用来指代"解释性来源"(interpretative sources)。Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 2009, p. 48。

④ John Gardner, *Law as a Leap of Faith*, Oxford University Press, 2012, p. 36.

⑤ 即使是像德沃金这样的反实证主义者,也无法否认说纯粹的事实(社会事实)是不可或缺的。Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, pp. 65-68。

⑥ Mark Greenberg, *How Facts Make Law*?, in Scott Hershovitz eds., *Exploring Law's Empire*, Oxford University Press, 2006, pp. 225-264.

⑦ Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 2009, pp. 150-157.

义得以成立的关键。但无论最终战果如何,都已经不是这篇文章所能涵盖的。

余论:凯尔森的批评

文章的剩余部分,用来简要讨论一下凯尔森的看法。① 这个广受关注的否定性看法认为:由于法律渊源一词非常模糊,以至于它几乎没有任何用处。凯尔森表达了两个独立的意思:第一,法律渊源通常用来指创造法律的方法,所以习惯和立法才被视为法律的两个主要渊源。但该想法除了因忽略作为法律的个别规范而错误,而且还将法律的效力根据交给习惯和立法,但效力链条使得法律的渊源只能是法律自身,即一个低级规范的效力来自高级规范,以至于最终是基本规范,而不可能是习惯和立法这样的事实。第二,法律渊源的另外使用方式是全然非法学的,此时它用来指代所有影响法律创造过程的观念,例如道德规范、政治原则、法律学说、法律专家的意见等。尽管它们的确事实上影响了法律,但由于其本身并无效力,所以并非法律或法律的内容,也就称不上法律的渊源。

非常明显,凯尔森后半部分说法确实在针对法律渊源,但主要是来反对作为裁判根据的学说,因为即使裁判的做出的确受到很多因素的影响,它们也不因此就是法律或法律的渊源。但这个说法并不针对应然表现形式的学说,而只能说他持一种既不支持、也不反对的中立姿态。而前半部分说法似乎是在反对来源命题,因为它否认是事实决定了法律的存在和内容。不过在一开始,凯尔森就留下了一个可能被慢慢扩大的破口:纯粹法学是关于实在法的理论,其唯一的目的就是弄懂并描述其对象——实在法。② 由于要描述实在法,所以就排除了道德因素;由于要弄懂实在法,而这必须借助效力和规范的概念,所以就排除了事实因素。但总是得先有实在法,然后才谈得上弄懂和描述。因此,决定法律之存在与内容的来源命题,仍然是凯尔森无法彻底反对的。③

Legal Source: How Does This Concept Work?

Chen Jinghui

(*School of Law*, *Renmin University of China*, *Beijing* 100872, *China*)

Abstract: Traditionally, it was believed that legal source referred to legal manifestation. However, as this understanding could not provide legal source with new factors apart from legal manifestation, ultimately it would lead to the dilemma of conceptual redundancy, emptiness of contents, and lack of practical significance. According to the current mainstream view, therefore, legal source refers to the total amount of bases of judgment, rather than legal manifestation. But it is difficult for this seemingly valid claim to avoid the statement that the basis of judgment is confined to the manifestation, and more importantly, it must also admit the erroneous claim that "the judgment is law". So, the best understanding of legal source is that it is the legal manifestation as it ought to be, rather than the legal manifestation as it is, and this will also lead to the source proposition about the nature of law, i. e., legal existence and legal contents can only be identified by reference to social facts.

Key words: legal source; legal manifestation; basis of judgment; manifestation as it ought to be; source proposition

(责任编辑　郭昌盛)

① Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, pp. 131-132.

② Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, p. 1.

③ Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 2009, p. 296.